

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA - PORTO
ESCOLA DE DIREITO



**O Poder de Modificação Unilateral do conteúdo das
prestações no Contrato de Empreitada de Obras
Públicas**

Gustavo Moutinho Ferreira de Sousa

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Orientação: Professora Doutora Raquel Carvalho

Porto

2013

Agradecimentos

À minha família, pelo apoio constante que me dão, agora e sempre.

Aos meus amigos, em especial àqueles que contemporaneamente comigo também desenvolveram as suas dissertações, obrigado pela força nos bons e maus momentos.

Um agradecimento especial à minha Orientadora, Doutora Raquel Carvalho, pela disponibilidade, paciência e apoio constante demonstrados durante o período de desenvolvimento deste trabalho.

A todos, o meu muito obrigado.

Abreviaturas

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CEOP – Contrato de Empreitada de Obras Públicas

Cfr. – Confronte

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

RJEOP – Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas

Índice

1 – Introdução	6
2 – O Contrato Administrativo	6
2.1 – Modificações Objetivas do Contrato	7
2.2.1 – Acordos endocontratuais	8
2.2.2 – Decisões Judiciais ou Arbitrais	9
3 – O Poder de modificação unilateral no âmbito dos poderes de conformação.....	9
3.1 – Génese do Poder de Modificação Unilateral	12
3.2 – Conceito e Natureza.....	14
3.3 – Limites à modificação.....	15
3.4 – A alteração anormal e imprevisível das circunstâncias	17
3.5 – Consequências do exercício do poder de modificação unilateral	19
3.5.1 – A reposição do equilíbrio financeiro	20
4 – O Contrato de Empreitada de Obras Públicas	24
4.1 – Conceito	24
4.2 – O poder de modificação unilateral no CEOP.....	27
4.2.1 – A suspensão dos trabalhos pelo dono da obra.....	27
4.2.2 – Os trabalhos a mais	28
4.2.3 – Os trabalhos de suprimento de erros e omissões.....	33
4.2.4 – O reequilíbrio financeiro em CEOP	38
5 – Conclusão	40
Bibliografia	42

1 – Introdução

O presente estudo tem como objeto principal o desenvolvimento da figura do poder de modificação unilateral das entidades públicas nos contratos administrativos por si celebrados, em especial, a sua aplicação em sede do contrato de empreitada de obras públicas. Ainda dentro desta exposição que nos propomos fazer, abordaremos algumas questões anexas ao tema que merecem o nosso apreço pois, apesar de não integrarem o objeto do nosso estudo, estão intimamente relacionadas com aquele.

A dissertação terá assim três partes. A primeira, será relativa à figura do contrato administrativo, dentro da qual faremos uma breve exposição sobre as suas características e as formas através das quais ele poderá ser modificado. Na segunda parte, faremos uma alusão aos vários poderes de conformação da relação contratual e desenvolveremos a temática do poder de modificação unilateral, relacionando-o com aqueles. Na terceira parte e última parte, será desenvolvida a questão do poder de modificação unilateral no que respeita ao contrato de empreitada de obras públicas, à qual será aplicado todo o exposto nos pontos anteriores.

2 – O Contrato Administrativo

A primeira definição legal do contrato administrativo encontrava-se plasmada no artigo 178º n.º 1 do CPA ¹, mediante o qual o contrato administrativo seria “*o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa*”. Com a entrada em vigor do CCP, tal definição veio a ser abandonada pois, como ambígua que era, trazia muitas dificuldades ao nível da delimitação do “*âmbito da jurisdição administrativa no que respeita à apreciação de litígios emergentes de contratos*” ². Com o objetivo de densificar o conceito, o CCP consagrou, no seu artigo 1º n.º 6 ³, primeiramente, o âmbito subjetivo de aplicação dos contratos

¹ Tendo o artigo em preção sido revogado aquando da entrada em vigor do CCP.

² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Apontamento sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*, Revista de Contratos Públicos, n.º 2, pág. 10.

³ Seguindo de perto o teor da alínea f) do n.º 1 do artigo 4º do ETAF, tendo ainda acrescentado critérios àqueles que figuram nesta disposição legal.

administrativos ⁴, seguido de um conjunto de critérios que, após uma análise casuística, qualificarão a categoria e grupo em que se insere o contrato em questão. São os “*critérios ou factores de administratividade*” ⁵. Tal densificação do conceito de contrato administrativo teve como efeito uma grande redução do campo de aplicação da figura dos contratos de direito privado da Administração ⁶.

Posto isto, e de uma forma não muito extensa, pois esta temática, ainda que necessária, não é o objeto de análise primacial do presente estudo, faremos uma breve alusão à qualificação das relações bilaterais que configuram contratos administrativos ⁷. Assim, perante os critérios de administratividade contidos no n.º 6 do artigo 1º do CCP a que atrás aludimos, poderemos estar em face de contratos administrativos por natureza ⁸, contratos que a própria lei qualifica como administrativos ⁹ e contratos com objeto passível de contrato de direito privado ¹⁰.

2.1 – Modificações Objetivas do Contrato

Iremos aqui analisar as situações que consubstanciam alterações ao conteúdo das cláusulas contratuais e que, como consequência, alteram também o modo de execução do contrato para as partes (ou para apenas uma delas).

Antes de nos debruçarmos sobre o regime da modificação objetiva do contrato, há que analisar, ainda que sucintamente, o leque de situações que podem ser causadoras da necessidade de proceder a alterações do conteúdo e modo de execução das cláusulas contratuais e, consequentemente, porem em causa o equilíbrio financeiro do contrato. Na senda de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA ¹¹, distinguimos aqui três tipos de situações. Uma primeira, resultante “*da imposição unilateral, por parte do contraente público, de*

⁴ Nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL, “*só importam os acordos de vontades celebrados entre contraentes públicos e co-contratantes, ou entre contraentes públicos apenas*”, in *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 556.

⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II, cit*, pág. 557.

⁶ Neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II, cit*, pág. 561.

⁷ Para mais desenvolvimentos desta temática, veja-se MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 270.

⁸ Cfr. as alíneas b), c) e d) do n.º 6 do artigo 1º do CCP.

⁹ Cfr. a alínea a) do n.º 6 do artigo 1º do CCP, onde se integram os contratos típicos previstos no Título II da Parte III do CCP (entre os quais, o contrato de empreitada de obras públicas).

¹⁰ Cfr. os artigos 1º, n.º 6 alínea a), 3º, n.º 1 alínea b) e 8º do CCP.

¹¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral..., cit*, pág. 297.

*modificações quanto ao conteúdo das prestações a realizar pelo contraente privado”*¹². Uma segunda, resultante *“da adoção, pelo contraente público, de medidas (...) que, embora não imponham a introdução de modificações quanto ao conteúdo das prestações a realizar pelo contraente privado, se projetam indiretamente, mas em termos específicos, sobre o conteúdo da relação contratual”*¹³. E uma terceira, que *“resulta de uma alteração objetiva, anormal e imprevisível de circunstâncias, não imputável a qualquer das partes”*¹⁴.

Perante as situações geradoras de modificações no conteúdo do clausulado do contrato administrativo atrás descritas, o CCP consagra mecanismos através dos quais essas modificações podem ser concretizadas. São três, e encontram-se elencados no disposto do artigo 311º daquele diploma legal, no qual se integram: os acordos endocontratuais (n.º 1, alínea a)), as decisões judiciais ou arbitrais (n.º 1, alínea b)) e os atos administrativos fundados no exercício do poder de modificação unilateral (n.º 2). Relativamente a este último, a sua análise será merecedora de um ponto de estudo autónomo.

2.2.1 – Acordos endocontratuais

Trata-se de um mecanismo que visa a alteração das prestações das partes durante a execução do contrato e através do qual aquelas chegam a um acordo bilateral sobre essas modificações, em derrogação de uma imposição unilateral por parte do contraente público, conforme prevê o n.º 1 do artigo 310º do CCP.

Na esteira de BERNARDO DINIZ DE AYALA, somos da opinião que este mecanismo traz, para o contraente público, algumas vantagens, na medida em que, ao não impor aquelas modificações unilateralmente, este mantém *“a relação contratual pacífica, com redução do risco de litigiosidade”* e, ao mesmo tempo, *“não perde a possibilidade de, não se formando consenso, recorrer ao seu poder de conformação unilateral do contrato. E pode até manter essa hipótese viva em cima da mesa negocial*

¹² Por exemplo, através da emissão de atos administrativos, no exercício dos seus poderes de conformação, atento o disposto no n.º 2 do artigo 307º do CCP.

¹³ Por exemplo, através da entrada em vigor de um diploma legal que venha, posteriormente à celebração do contrato, alterar as disposições legais sobre as quais aquela se verificou.

¹⁴ Por exemplo, em sede de contrato de empreitada de obras públicas, condições climáticas adversas que danifiquem os materiais necessários à conclusão da obra.

*como convite constante à procura de uma plataforma de entendimento que dê corpo a uma solução pactuada e evite a intrusão por acto administrativo”*¹⁵.

Refere o n.º 2 do artigo 310º do CCP que, quando estes acordos tiverem como objeto uma modificação contratual, terão que obedecer aos pressupostos e limites previstos nos artigos 311º a 315º do mesmo diploma legal. Não espanta, por isso, a sua inclusão nos fundamentos de modificação objetiva do contrato, conforme se comprova através do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 311º do CCP.

2.2.2 – Decisões Judiciais ou Arbitrais

Numa abordagem muito sucinta a esta temática, faremos aqui uso das palavras de JORGE ANDRADE DA SILVA, quando este Autor refere que, *“relativamente às decisões judiciais [ou arbitrais], estas podem decorrer em processo de impugnação judicial de ato administrativo ou de declaração negocial, conforme o artigo 307º, casos em que são proferidas em ação administrativa especial ou em ação administrativa comum, respetivamente (artigos 46º e 37º do CPTA), da frustração da via negocial ou da ação intentada pelo cocontratante sobre atos negociais”*¹⁶.

3 – O Poder de modificação unilateral no âmbito dos poderes de conformação

Nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL, *“uma vez celebrado o contrato, há que executá-lo”*¹⁷. Na fase de execução, a entidade pública com a qual o cocontratante celebrou o contrato administrativo é detentora de certos poderes de autoridade perante aquele último, designados de poderes de conformação da relação contratual. Encontramos o elenco destes poderes no artigo 302º do CCP, onde se integram o poder de direção (alínea a)), o poder de fiscalização (alínea b)), o poder de modificação unilateral (alínea c)), o poder sancionatório (alínea d)) e o poder de resolução unilateral (alínea e)). Conforme se retira da leitura do preceituado nos artigos 307º n.º 2 e 309º n.º

¹⁵ BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo com regime de Project Finance*, Revista de Contratos Públicos, n.º 2, pág. 67.

¹⁶ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado*, Almedina, 4ª Edição, 2013, anotação n.º 5 ao artigo 311º.

¹⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II, cit*, pág. 618.

1, ambos do CCP, estes poderes são exercidos através da prática de atos administrativos¹⁸, dotados de executividade, não estando a sua formação sujeita ao regime da marcha do procedimento estabelecido nos artigos 74º a 113º do CPA¹⁹.

O poder de direção encontra-se previsto no artigo 304º do CCP e traduz-se, nos termos do n.º 2, “*na emissão de ordens, directivas ou instruções sobre o sentido das escolhas necessárias nos domínios da execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais, consoante o contrato em causa*”. Existe a relação entre ele e o poder de modificação unilateral dos contratos administrativos, na medida em que, uma vez que a entidade pública exerça este último, fará também uso do poder de direção para que o cocontratante cumpra as novas obrigações resultantes da modificação²⁰. No entanto, como também faz notar o Autor, não podemos confundir os dois poderes: de uma maneira resumida, quando exerce o poder de direção, o contraente público apenas faz implementar o modo como devem os novos meios ou recursos ser implementados.

O poder de fiscalização, disciplinado no artigo 305º do CCP, consiste num poder de vigilância e controlo do modo como está o contrato a ser executado pelo cocontratante. Assim, o contraente público estará sempre a par da atividade que está a ser desenvolvida e, como tal, poderá, através do exercício deste poder, zelar pela boa execução do contrato. Encontrando-se a fiscalização limitada a “*aspectos que se prendam imediatamente com o modo de execução do contrato*”²¹, o contraente público, perante as informações que lhe chegam mediante o exercício deste poder, poderá “*determinar as necessárias correções e aplicar as devidas sanções*”, confirmando-se assim as palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL, quando este defende a instrumentalidade do poder de fiscalização em relação aos poderes de direção e sancionatório²². Ora, é exatamente sobre o “*modo de execução das prestações*”²³ que atua o poder de modificação unilateral. Como tal, será através do exercício do seu poder de fiscalização que o contraente público tomará conhecimento das questões sobre as quais poderá exercer unilateralmente a modificação.

¹⁸ Os “actos administrativos contratuais” ou “endocontratuais”, na designação de DIOGO FREITAS DO AMARAL em *Curso de...II, cit*, pág. 621.

¹⁹ Conforme dispõe o preceituado no n.º 1 do artigo 308º do CCP.

²⁰ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II, cit*, pág. 623.

²¹ Cfr. artigo 305º, n.º 2 do CCP.

²² DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II, cit*, pág. 625.

²³ Cfr. alínea c) do artigo 302º do CCP.

Já o poder sancionatório previsto na alínea d) do artigo 302º do CCP traduz-se no poder de “*aplicar as sanções previstas para a a inexecução do contrato*”. Da breve leitura da disposição legal, retiramos desde logo uma limitação a este poder: só poderá ser aplicado mediante uma inexecução do contrato por parte do cocontratante, seja ela total ou parcial, esteja ela atrasada ou simplesmente não tenha sido conforme ao decidido pelo contraente público quando aquele fez uso do seu poder de direção. Refere DIOGO FREITAS DO AMARAL que “*as modalidades típicas deste poder são a resolução sancionatória, a aplicação de multas e, no caso da concessão, o sequestro*” ²⁴. No que toca à primeira daquelas, regem os artigos 330º alínea c) e 333º, ambos do CCP. Trata-se, aqui, da resolução do contrato por decisão unilateral do contraente público, que consubstancia a modalidade mais grave do poder sancionatório, aplicável em casos de violação grave e dolosa da execução contratual por parte do cocontratante ²⁵, por razões de interesse público ²⁶ ou por alterações anormais e imprevisíveis das circunstâncias ²⁷. Interessa-nos particularmente a resolução por razões de interesse público, prevista no artigo 334º do CCP, pois o interesse público que a fundamenta é de natureza idêntica ao que pode motivar a modificação do contrato, conforme previsto na alínea b) do artigo 312º do CCP. “*Nessa situação o contraente público pode optar, à luz do princípio da proporcionalidade, entre a resolução e a modificação equitativa do contrato*” ²⁸.

Relativamente à aplicação de multas, existem dois objetivos destas a ter em conta: um objetivo penalizador, consubstanciado numa única quantia determinada tendo em conta o facto gerador do incumprimento contratual, e outro objetivo compulsório, aplicável quando o incumprimento já se vem verificando durante um certo hiato temporal e que visa compelir o faltoso a regularizar a situação, sendo-lhe aplicada uma multa durante todo o tempo que dure esse hiato (por exemplo, vencendo todos os dias

²⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II, cit*, pág. 637.

²⁵ No n.º 1 do artigo 333º do CCP, encontramos um vasto elenco de situações perante as quais poderá existir uma resolução contratual sancionatória.

²⁶ Conforme previsto no artigo 334º, a resolução do contrato com base em razões de interesse público terá que ser devidamente fundamentada e acompanhada do pagamento de uma justa indemnização, calculada segundo os critérios constantes do n.º 2 do mesmo preceito legal.

²⁷ Atento o disposto no artigo 335º do CCP, os fundamentos para a resolução unilateral, neste caso, são os mesmos que estão previstos para a modificação objetiva do contrato, o que nos leva a confirmar o que anteriormente afirmamos sobre a resolução do contrato consubstanciar a modalidade mais grave do poder sancionatório e, daí, dever ser exercida sempre em *ultima ratio*.

²⁸ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II, cit*, pág. 657.

uma quantia pecuniária) ²⁹. Importa aqui referir a vinculação do contraente público aos limites legais quando estipula a multa aplicável, na medida em que não existe uma quantia definida para cada situação concreta, pelo que o seu valor terá que ser aferido casuisticamente. Para acautelar a discricionariedade que daqui possa advir, o CCP estipula limites aos montantes que as multas possam atingir, conforme se retira do estipulado nos números 2 e 3 do artigo 329º do CCP.

3.1 – Génese do Poder de Modificação Unilateral

Conta DIOGO FREITAS DO AMARAL ³⁰ que a primeira manifestação desta figura deu-se em 1902, tendo sido criada pelo Conselho de Estado francês. O caso em apreço tinha como objeto a imposição de um município perante o seu concessionário de um rede de iluminação pública a gás, com vista a que este a adaptasse para um sistema de iluminação elétrica. Perante os argumentos do órgão autárquico que defendia que o interesse público estaria melhor satisfeito com uma rede de iluminação elétrica e os argumentos do concessionário que defendia que tal obrigação não constava do contrato, o Conselho de Estado deu razão ao primeiro, prevalecendo assim o interesse público sobre o interesse privado e, consequentemente, consagrando na *“Administração como curadora do interesse público um poder de, unilateralmente, alterar o modo de execução do contrato, impondo ao prestador um dever de adaptação”* ³¹.

Já em 1910, o mesmo Conselho de Estado francês reafirmou a figura, mas agora fixando três características. Assim, fixou-se que tal poder era externo ao contrato, na medida em que não seria necessária a sua previsão pelas partes no clausulado, aplicou-se pela primeira vez o princípio da intangibilidade do objeto e deu-se um primeiro passo em relação à figura do reequilíbrio financeiro do contrato, na medida em que o contraente público foi responsabilizado pelo ressarcimento de danos emergentes e lucros cessantes ao cocontratante devido às modificações introduzidas ³².

²⁹ Um exemplo desta sanção compulsória verifica-se, em sede de contratos de empreitada de obras públicas, quando existem atrasos na execução da obra por facto imputável ao empreiteiro, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 403º do CCP.

³⁰ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II*, cit, pág. 546.

³¹ CARLA AMADO GOMES, *A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública - I, org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, 2008, pág 531.

³² CARLA AMADO GOMES, *A Conformação...*, cit, pág 532.

Em 1916, num outro caso apreciado pelo Conselho de Estado francês, apareceu a figura da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias ³³, ficando o contraente público na obrigação de pagar aos contraentes particulares as compensações por estes pretendidas ³⁴. Como se retira das situações atrás descritas, o denominador comum consubstancia-se no facto de “*o pacto de colaboração do particular com a Administração [conter] (...), implícita ou explicitamente, a subordinação ou sujeição do primeiro aos mesmos imperativos a que está sujeita a segunda. Daí o poder conferido à Administração de fazer nas prestações contratuais as modificações estritamente exigidas pelo interesse público*” ³⁵.

Conforme se retira desta breve alusão histórica do conceito, concluímos então que à Administração Pública, com vista a atingir o seu objetivo último que é o interesse público ³⁶, ser-lhe-á conferido o poder de conformação contratual, instrumento para atingir aquele mesmo objetivo. Assim, tendo em conta o fim último que a figura visa acautelar, defendemos - a par da grande parte da doutrina ³⁷ - a natureza extracontratual deste poder de conformação, bem como a sua consagração como um princípio geral de Direito Administrativo.

³³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II*, cit, págs. 547 e 548. A figura ali aludida corresponde à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias não imputável às partes, mais concretamente o caso previsto, tal como é por nós hoje conhecido.

³⁴ Tal como hoje se encontra previsto no n.º 2 do artigo 314º do CCP.

³⁵ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, 10ª Edição, Coimbra, 1980, pág. 620.

³⁶ Cfr. o artigo 266º, n.º 1 da CRP.

³⁷ Entre outros, PAULO OTERO, *Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1996, pág. 925, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II*, cit, pág. 626, CARLA AMADO GOMES, *A Conformação...*, cit, pág. 532. Por sua vez, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA defende que aquele poder de conformação deriva do próprio contrato administrativo, in *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 66, Dezembro de 2007, pág. 13 e *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pág. 825.

3.2 – Conceito e Natureza

Atento o exposto no ponto anterior, e de uma forma resumida, o poder de modificação unilateral ³⁸ consistirá na faculdade de a entidade pública parte no contrato *“modificar unilateralmente o conteúdo das prestações que a contraparte se obrigou a realizar no âmbito das suas relações contratuais administrativas, desde que respeitem o objeto do contrato e o seu equilíbrio financeiro”* ³⁹.

A par dos restantes poderes de conformação a que já atrás aludimos, o poder de modificação unilateral do contraente público encontra-se integrado no elenco do artigo 302º do CCP (na sua alínea c)), encontrando-se depois regulado nos artigos 311º e seguintes do mesmo Código. Como facilmente se depreende, o exercício deste poder por parte do contraente público vem perturbar a boa execução do contrato e, muitas das vezes, frustrar a expectativa do cocontratante de um eficaz cumprimento do contrato por si celebrado. Deste modo, estamos perante um poder de conformação que, conforme afirma MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, consubstancia *“uma derrogação ao princípio pacta sunt servanda”* ⁴⁰.

O exercício deste poder de conformação por parte do contraente público traduz-se na prática de atos administrativos (artigos 307º n.º 2 alínea b) e 311º n.º 2 do CCP), tendo como fundamento razões de interesse público, *“decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”* ⁴¹. Percebe-se a lógica destas disposições legais, tendo em conta a duração da execução de alguns tipos de contratos administrativos. Escreve DIOGO FREITAS DO AMARAL que *“assim, por vezes, as condições ou circunstâncias em que [esses contratos] foram celebrados alteram-se no decurso da sua execução, de tal forma que o conteúdo do contrato, tal como ficou ab initio estipulado entre as partes, pode já não representar, mais tarde, a melhor forma de prosseguir o interesse público”* ⁴². Na mesma linha, JORGE ANDRADE

³⁸ Podíamos encontrar a consagração legal deste poder de conformação no disposto do artigo 180º, alínea a) do CPA, revogado pelo DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos.

³⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Regime...*, cit, pág. 825.

⁴⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral...*, cit, pág. 299.

⁴¹ Conforme dispõe a alínea b) do artigo 312º do CCP.

⁴² DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II*, cit, pág. 626.

DA SILVA sustenta que a entidade pública tenha “a faculdade de, no decurso do processo executivo do contrato, sem necessidade de obter o acordo do cocontratante, como «guardião do interesse público»⁴³, alterar o conteúdo das prestações, quer qualitativa, quer quantitativamente, de harmonia com as exigências resultantes da evolução desse interesse, que o contrato visa realizar, adaptando-o a essa evolução”⁴⁴.

3.3 – Limites à modificação

O poder de modificação do conteúdo e modo de execução das prestações contratuais não é um poder sem limites, como qualquer poder administrativo. Tais limites, decorrentes da vinculação à lei e consagrados no artigo 313º CCP, constituem uma garantia para os cocontratantes.

Tal como MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁴⁵, iremos analisar este preceito legal tendo em conta apenas o poder de modificação unilateral do contraente público, mas sempre tendo em atenção que ele também se aplica aos casos de modificação contratual por acordo das partes⁴⁶. Da leitura do n.º 1 daquela disposição legal retiram-se dois requisitos cumulativos: o seu exercício “*não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato*” e não pode também “*configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida (...) relativamente à formação do contrato*”.

O primeiro destes requisitos afirma o princípio da intangibilidade do objeto do contrato, mediante o qual o contraente público, ao exercer o seu poder de modificação unilateral, “*pode mudar o contrato, mas não pode mudar de contrato*”⁴⁷. O que este princípio visa acautelar, no fundo, é o respeito pelos procedimentos legais prévios à adjudicação do contrato, bem como as expectativas do cocontratante em relação ao objeto daquele. O princípio admite, sim, alterações ao conteúdo dos “*modos peculiares,*

⁴³ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990.

⁴⁴ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 5 ao artigo 302º.

⁴⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Regime...*, cit, pág. 838.

⁴⁶ Conforme prevê o disposto no n.º 2 do artigo 310º do CCP.

⁴⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II*, cit, pág. 628.

técnicos e jurídicos da execução dessas prestações” ⁴⁸ que constituem o objeto do contrato, mas não alterações ao objeto propriamente dito.

O segundo requisito visado pelo n.º 1 e desenvolvido no n.º 2 do preceito em análise tem carácter inovador em relação àquilo que anteriormente era previsto no artigo 180º alínea a) do CPA. Com efeito, a proteção da concorrência não era visada naquele preceito, que apenas impunha como limites à modificação o respeito pelo objeto do contrato e o seu equilíbrio financeiro. Afirma PEDRO GONÇALVES que a consagração, pelo CCP, do critério da proteção da concorrência como limite da modificação contratual, faz surgir um *“princípio de identidade entre âmbito de modificação e âmbito do poder unilateral de modificação”* ⁴⁹ pois, como se retira do disposto no n.º 2 do artigo 310º do CCP, os acordos endocontratuais encontram-se vinculados aos mesmos limites do poder de modificação unilateral. A concorrência que aqui se pretende proteger engloba duas vertentes: uma retroativa – se assim a podemos designar – e uma *à posteriori*, tomando aqui como momento de critério a adjudicação do contrato. Na sua vertente retroativa, a concorrência que a disposição legal visa proteger consubstancia-se no *“interesse dos concorrentes que participaram no procedimento adjudicatório do contrato que se pretende modificar”* ⁵⁰, ao passo que, numa vertente posterior, aquela concorrência materializa-se no *“interesse dos potenciais interessados em participar num novo procedimento, dirigido à adjudicação de um novo contrato, que podem, naturalmente, não ter participado no procedimento precedente”* ⁵¹. Devido àquela primeira vertente, não admira a estrita ligação existente entre o regime dos artigos 313º e 99º do CCP, este último relativo aos limites impostos *“aos próprios ajustamentos que podem ser introduzidos no clausulado dos contratos públicos ainda na fase de aprovação da respectiva minuta”* ⁵². O desrespeito deste limite por parte do contraente público, quando exerce o seu poder de modificação unilateral, acarreta a *“adjudicação de um contrato novo, podendo por isso desencadear a reacção impugnatória de*

⁴⁸ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II, cit*, pág. 630.

⁴⁹ PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, pág. 17.

⁵⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Regime...*, cit, pág. 839.

⁵¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Regime...*, cit, pág. 839.

⁵² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Regime...*, cit, pág. 838.

terceiros”^{53 54}, desde logo, os concorrentes do cocontratante no procedimento concursal relativo ao contrato que agora se vem modificar.

O n.º 3 do artigo 313º do CCP, nas palavras de JORGE ANDRADE DA SILVA, refere-se ao “*princípio da exclusividade do exercício da ação administrativa discricionária da Administração Pública, que, por isso, não pode ser substituída pelo exercício do poder judicial ou por decisão arbitral*”⁵⁵.

De modo a controlar a conformidade das modificações contratuais (derivadas do poder de modificação unilateral ou de uma modificação por acordo das partes), com os limites a que acabamos de aludir, o CCP consagra um regime de publicitação daquelas, de modo a garantir a sua transparência, no seu artigo 315º⁵⁶. Esse controlo, escreve JORGE ANDRADE DA SILVA, “*tanto pode ser exercido por entidades públicas no exercício da respectiva competência, como por qualquer particular titular de um direito ou interesse legalmente protegido, que, inclusivamente, poderá impugnar contenciosamente a validade desses atos*”⁵⁷.

3.4 – A alteração anormal e imprevisível das circunstâncias

No ponto 2.2 do nosso estudo, referimos algumas situações suscetíveis de fundamentar modificações objetivas do contrato administrativo. Impõe-se aqui, e tendo em conta a previsão daqueles fundamentos no artigo 312º do CCP, fazer algumas distinções. Com efeito, aquele preceito legal alude, para além do poder de modificação unilateral, à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias. Como veremos de seguida, tratam-se de situações distintas que não se devem confundir.

Escreve JORGE ANDRADE DA SILVA que “*a expressão «alteração anormal e imprevisível das circunstâncias» está utilizada na sua amplitude tradicional, abrangendo não apenas as situações de jus variandi como também as de fait du prince*”

⁵³ PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pressetext...*, cit, pág. 17.

⁵⁴ Estando a sua legitimidade salvaguardada pelo disposto no artigo 40º, n.º 1 alínea c) do CPTA.

⁵⁵ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 6 ao artigo 313º.

⁵⁶ Um regime semelhante encontra-se consagrado no artigo 127º do CCP, relativo à publicitação dos contratos celebrados por ajuste direto, acentuando-se assim o paralelismo entre as duas disposições legais.

⁵⁷ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 1 ao artigo 315º. Cfr. nota 55.

⁵⁸. Também neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA defende que o *fait du prince*, “para poder ter operatividade na economia do regime aplicável nesta matéria, deve ser normativamente enquadrado (...) no instituto da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias sem, portanto, se confundir com as situações de exercício, pelo contraente público, do poder que o Código lhe confere de modificação unilateral do contrato por razões de interesse público” ⁵⁹.

Encontramos a definição de *fait du prince* ⁶⁰ no disposto da alínea a) do n.º 1 do artigo 314º do CCP, mediante o qual concluímos que se trata de um ato de alteração contratual imputável ao contraente público, mas não integrativo dos poderes de conformação contratual daquele. Como tal, este fundamento de modificações contratuais não se enquadra no elenco dos artigos 302º a 310º do CCP. Ou seja, na prática, estamos em face de “atos jurídicos de eficácia geral, alheios às partes contratantes, mas com influência na execução do contrato” ⁶¹. Pense-se, a nível de exemplo desta situação, na celebração de um contrato de empreitada de obras públicas ao abrigo das disposições do CCP. Já durante o período da sua execução, ponha-se a hipótese de as disposições do CCP relativas a esta matéria serem revogadas e entrar em vigor um novo RJEOP, com disposições de conteúdo diferente daquelas ao abrigo das quais o contrato havia sido celebrado. Nesta situação, não se visa em concreto o contrato em questão, mas por se aplicar a nova legislação à generalidade dos contratos de empreitada de obras públicas, aquele contrato irá ser indiretamente afetado por ela ⁶².

Para além do *fait du prince*, o conceito de “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias” inclui também outras situações fundamentadoras de modificações contratuais, não imputáveis a nenhuma das partes contratantes, e previstas no n.º 2 do artigo 314º do CCP como “os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”. Para CARLA AMADO GOMES, só apenas estes “demais casos” consubstanciam as verdadeiras alterações anormais e imprevisíveis pois, ao contrário do

⁵⁸ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código..., cit*, anotação n.º 3 ao artigo 312º.

⁵⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Poderes..., cit*, pág. 15.

⁶⁰ Também designado pela doutrina de *factum principis*, afirma DIOGO FREITAS DO AMARAL que este conceito “materializa o também designado risco político”, in *Curso de...II, cit*, pág. 636.

⁶¹ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código..., cit*, anotação n.º 3 ao artigo 312º.

⁶² Salvaguardando, obviamente, o regime transitório que naquele novo RJEOP fosse previsto e que em princípio as suas normas só se aplicariam em situações futuras, conforme ditam as regras da aplicação da lei no tempo, previstas no artigo 12º do CC.

poder de modificação unilateral e do *fait du prince*, elas não são, evidentemente, previsíveis pelas partes ⁶³. Assim, e adotando a terminologia de DIOGO FREITAS DO AMARAL ⁶⁴, fazem parte deste grupo dos “demais casos” o caso de força maior e o caso imprevisto.

O primeiro daqueles consiste no “*facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que impossibilita absolutamente o cumprimento das obrigações contratuais*” ⁶⁵. Ou seja, trata-se de um evento fortuito que tem como consequência a impossibilidade (temporária ou definitiva) do cumprimento das obrigações de uma ou de ambas as partes ⁶⁶. Se a impossibilidade dali resultante for temporária, gerará uma suspensão da execução das prestações contratuais, conforme dispõe a alínea a) do artigo 297º do CCP. Já se a impossibilidade for definitiva, estaremos perante uma causa de extinção do contrato, conforme afirma o preceituado na alínea a) do artigo 330º do CCP.

A propósito do caso imprevisto, escreve DIOGO FREITAS DO AMARAL que se trata da “*situação em que ocorre uma alteração de circunstâncias tão profunda, em relação à base inicial do negócio, que este se torna ruinoso para uma das partes*”. Escreve ainda o mesmo Autor, citando MARCELLO CAETANO, que “*«o caso imprevisto é o facto estranho à vontade dos contraentes que, determinando a modificação das circunstâncias económicas gerais, torna a execução do contrato muito mais onerosa para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado»*” ⁶⁷. Daqui decorre, então, que o caso imprevisto tem na sua génese um facto de natureza económica que se irá repercutir na esfera das partes do contrato, tornando a execução deste muito onerosa para uma delas (normalmente, o cocontratante) ⁶⁸.

3.5 – Consequências do exercício do poder de modificação unilateral

⁶³ CARLA AMADO GOMES, *A Conformação...*, cit, pág 544.

⁶⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II*, cit, págs. 636 e 642.

⁶⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II*, cit, págs. 649.

⁶⁶ A título de exemplo, imagine-se, em sede de empreitada de obras públicas, a verificação de uma tempestade de enormes proporções que destrói por completo os recursos do empreiteiro bem como a restante obra que já havia sido realizada.

⁶⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II*, cit, págs. 642 e 643, respetivamente.

⁶⁸ Verificamos um exemplo prático desta figura na atual crise financeira que se alastra pela Europa, com maior notoriedade nos países sul europeus.

Estejamos em face de um poder de modificação unilateral do contraente público ou de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (na aceção global do conceito), o contrato sofrerá sempre modificações. Essas modificações, como não podia deixar de ser, acarretam consequências, as quais se encontram previstas no artigo 314º do CCP.

No seu n.º 1, aquele preceito consagra o direito à reposição do equilíbrio financeiro, nos casos de *fait du prince* (alínea a)) e de modificação unilateral do contrato por parte do contraente público (alínea b)), ao passo que no seu n.º 2 a disposição legal prevê o “direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade”, verificando-se os “demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”, por nós já analisados.

3.5.1 – A reposição do equilíbrio financeiro

Como atrás foi dito, o n.º 1 deste preceito prevê a reposição do equilíbrio financeiro do contrato para as modificações decorrentes do exercício do poder de modificação unilateral ou de *fait du prince*. Portanto, a mesma consequência será aplicada a duas situações diferentes ⁶⁹. Poder-se-ia pensar que esta solução seria algo estranha, mas cedo concluímos que a lógica do legislador faz sentido pois, como defende JORGE ANDRADE DA SILVA ⁷⁰, independentemente das situações concretas, estamos perante modificações ao conteúdo das prestações imputáveis ao contraente público ⁷¹. Apesar desta “identidade” de situações que o CCP nos apresenta, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA põe algumas reservas quanto à redação da alínea b) deste n.º 1, pois

⁶⁹ No que toca ao poder de modificação unilateral, poderá ainda existir um direito de resolução do contrato por parte do cocontratante, desde que o exercício daquele poder de conformação tenha sido ilícito e contrário às regras da boa-fé, conforme dispõe a alínea d) do n.º 1 do artigo 332º do CCP.

⁷⁰ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 3 ao artigo 314º.

⁷¹ Na mesma lógica de ideias, veja-se MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral...*, cit, págs. 301 e 302. O mesmo Autor defende ainda que, quando se verifique uma situação de *fait du prince*, “a modificação do contrato concretizar-se-á na própria reposição do respectivo equilíbrio financeiro: por se estar, nesse caso, perante uma situação de *fait du prince* imputável ao contraente público, justifica-se que sobre ele recaia o dever de suportar por inteiro a maior onerosidade que da alteração de circunstâncias resultou para a contraparte”. in *Contratos Administrativos e Poderes...*, cit, pág. 14.

considera que ela é muito vaga ⁷², apesar de ter em vista única e exclusivamente a situação do poder de modificação unilateral. Assim, defende o Autor, “*o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 314.º deve ser lido em conjugação com o disposto no n.º 2 do artigo 311.º e na alínea b) do artigo 312.º*” ⁷³.

Apesar de não haver uma definição concreta do que é a “reposição do equilíbrio financeiro”, fazemos aqui uso das palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL para uma aproximação ao conceito e em que consiste. Assim, aquele Autor define o conceito como o “... *preço [que o contraente público] ... tem de pagar por derrogar o princípio da estabilidade dos contratos, ... [assegurando] ao particular co-contratante que a relação obrigacional alterada sem o seu consentimento lhe continue a proporcionar satisfações de intensidade idêntica*” ⁷⁴. Como não poderia deixar de ser, este “pagamento” do contraente público ao cocontratante terá, ele mesmo, que cumprir alguns requisitos e fundamentos, estes previstos no artigo 282º do CCP, por remissão do n.º 1 do artigo 314º do mesmo diploma, quando este se refere “*aos critérios estabelecidos no presente Código*”.

O n.º 1 do artigo 282º do CCP prevê que apenas haja lugar à reposição do equilíbrio financeiro nos casos especialmente previstos na lei e excecionalmente previstos no contrato. Fazemos nossas as críticas que JORGE ANDRADE DA SILVA tece à redação do preceito, na medida em que também, por nossa parte, defendemos a dispensabilidade do advérbio “especialmente”, se a intenção do legislador era apenas abranger os casos que remetessem para o regime deste artigo ⁷⁵, bem como a falta de segurança jurídica que transmite a expressão “a título excepcional” que, nas palavras do Autor, “*abre as portas à discricionariedade e à conflitualidade*” ⁷⁶, pois é inexistente qualquer critério definidor daquela excecionalidade.

⁷² Esta posição do Autor é merecedora da nossa concordância, por uma questão de segurança jurídica. Com a leitura conjugada de artigos defendida, restringir-se-á aquela alínea b) à sua *ratio legis*, não existindo qualquer possibilidade de deturpações do seu sentido.

⁷³ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Regime...*, cit, pág. 839.

⁷⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II*, cit, pág. 633.

⁷⁵ Dando o Autor, como exemplos, os casos previstos nos artigos 314º e 354º do CCP, in *Código...*, cit, anotação n.º 3 ao artigo 282º.

⁷⁶ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 3 ao artigo 282º. É nossa opinião de que em vez do substantivo “discricionariedade” deveria ali figurar o substantivo “arbitrariedade” pois, enquanto o primeiro remete para um espaço de conformação autónomo da Administração Pública conferido pelo legislador, o segundo remete para uma ação desobediente a limites ou restrições.

O n.º 2 do preceito em análise estipula os pressupostos de carácter substantivo e de verificação cumulativa dos quais depende o direito à reposição do equilíbrio financeiro do cocontratante. Assim, e seguindo de perto o exposto por JORGE ANDRADE DA SILVA, o facto causador do desequilíbrio: não se pode incluir “*no risco normal do negócio que o contraente deva suportar*”, terá que alterar “*os pressupostos em que o cocontratante fixou o valor da prestação*” e que “*esses pressupostos sejam conhecidos ou cognoscíveis do contraente público*”⁷⁷.

O n.º 3 do artigo 282º prevê três formas através das quais se pode consubstanciar a reposição do equilíbrio financeiro. Assim, esta poderá consistir, na falta de estipulação contratual, na “*... prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, [na] ... revisão de preços ou [no] pagamento de uma compensação de valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato*”⁷⁸. No que toca ao momento em que se constitui o direito à reposição a que alude o artigo, é opinião de JORGE ANDRADE DA SILVA que ele se fixa quando o “*ente público o reconhece ou no termo do prazo em que legalmente devia sobre ele decidir e não o fez*”⁷⁹. Dispõe o n.º 4 do preceito que, qualquer que seja a forma adotada para a reposição do equilíbrio financeiro, a sua prestação por parte do contraente público deve ser “*única, completa e final para todo o período do contrato*”, tendo sempre em conta o facto modificador que lhe deu origem.

O n.º 5 do preceito em análise define os critérios supletivos através dos quais é calculado o reequilíbrio financeiro do contrato, constituindo também uma medida de proteção do cocontratante. Mais do que isso, defende BERNARDO DINIZ DE AYALA, “*tem implicações relevantes no caso de contratos assentes em regime de project finance*”, pois o preceito “*pode ser invocado e aplicado para cobrir, no quadro do contrato administrativo, défices gerados no quadro dos contratos de financiamento a ele unidos como consequência directa de intervenção unilateral naquele por parte do contraente público*”⁸⁰.

⁷⁷ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 4 ao artigo 282º.

⁷⁸ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II*, cit, pág. 635.

⁷⁹ Alega ainda o Autor que, “*caso tenha negado esse direito e, judicialmente, venha a ser reconhecido, deve ser considerado como constituído na data em que expressa ou tacitamente foi negado*”, in JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 6 ao artigo 282º.

⁸⁰ BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O poder de modificação...*, cit, págs. 66 e 84, respetivamente.

Por último, o n.º 6 deste artigo estabelece uma medida protetora para ambas as partes ⁸¹. Tendo em vista uma efetiva paridade entre elas após a reposição do equilíbrio financeiro, esta norma legal prevê que nenhuma das partes possa ficar beneficiada em relação à outra, proibindo o exercício da reposição do equilíbrio financeiro do contrato com vista a cobrir perdas que já seriam inerentes ao risco próprio do contrato. Relativamente a esta temática, conclui DIOGO FREITAS DO AMARAL que “*o equilíbrio financeiro é, pois, a contrapartida do risco próprio do contrato administrativo e não do risco contratual comum*” ⁸².

Analizamos agora o disposto no n.º 2 do artigo 314º do CCP, o qual estabelece as consequências da modificação contratual fundamentada em alterações anormais e imprevisíveis das circunstâncias não imputáveis a nenhuma das partes do contrato. Assim, ocorrendo uma situação que neste conceito se enquadre ⁸³, “*o co-contratante tem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade*” ⁸⁴. O preceito, faz notar JORGE ANDRADE DA SILVA, segue o mesmo regime do artigo 437º, n.º 1 do CC, excluindo apenas a parte relativa ao direito de resolução que o conceito admite nos contratos privados. Por nossa parte, não entendemos tal opção legislativa, pois ela encontra-se prevista no disposto da alínea a) do n.º 1 do artigo 332º do CCP ⁸⁵.

Relativamente ao ónus de saber quem terá legitimidade para escolher qual a consequência aplicável ao caso concreto, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e JORGE ANDRADE DA SILVA têm opiniões divergentes. Com efeito, o primeiro daqueles Autores defende, baseando-se no preceituado das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 311º do CCP, que o contrato poderá ser modificado “*tanto por iniciativa do contraente privado, como do contraente público*”, mas em qualquer um destes casos, a modificação só será válida “*por acordo das partes ou decisão jurisdicional, não podendo ser unilateralmente*

⁸¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL confirma esta ordem de ideias, ao referir que, “*na verdade, o equilíbrio financeiro do contrato não significa a garantia da gestão equilibrada da empresa do co-contratante*”. in *Curso de... cit*, pág. 634.

⁸² DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II, cit*, pág. 634.

⁸³ Um caso imprevisto ou um caso de força maior, como já vimos.

⁸⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II, cit*, pág. 637.

⁸⁵ Para além daqueles direitos que assistem ao cocontratante, a este assiste ainda o direito de resolver o contrato, nos termos do disposto no artigo 332º n.º 1, alínea a) e n.º 2 do CCP. Devido à (por nós considerada) deficiente redação do preceito, enquadrámos ali qualquer caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, seja ela imputável ou não a qualquer uma das partes do contrato.

determinada pelo contraente público” ⁸⁶. Já o segundo Autor defende que essa escolha deverá recair sobre o contraente público pois, *“atenta a natureza das soluções possíveis (...) não se vê como obrigar o ente público a aceitar uma solução que tenha como a menos conveniente para o interesse público, parecendo que, em caso de divergência, deve prevalecer este último”* ⁸⁷. Por nossa parte, concordamos com esta última interpretação, pois, se o objetivo da celebração de um contrato administrativo é a satisfação de interesse público (independentemente do seu objeto), todas as decisões relativas a todas as vicissitudes que aquele contrato possa ser alvo devem ter sempre em vista esse mesmo interesse. Não nos esquecendo, obviamente, de ponderar os interesses do cocontratante na integral realização do objeto contratual (daí a equidade prevista no normativo), somos da opinião que o interesse público, como fim último que o contrato administrativo visa atingir, deverá prevalecer sobre aqueles.

Aqui chegados resta-nos, como último ponto de estudo do presente trabalho, analisar a figura do contrato de empreitada de obras públicas, a fim de o integrar, como nos propusemos na nossa nota introdutória, na matéria que até agora temos vindo a desenvolver.

4 – O Contrato de Empreitada de Obras Públicas

4.1 – Conceito

Até à entrada em vigor do CCP, o CEOP era regido por um diploma próprio, o RJEOP, consagrado no DL n.º 59/99, de 2 de Março. Este diploma legal, apesar de regular aquele contrato em específico, continha um regime tão extenso e abrangente ao ponto de se vir a tornar como que um direito subsidiário de outros contratos administrativos nominados mas que, no entanto, eram desprovidos de qualquer regulamentação própria. Esta prática ficou, a certa altura, generalizada, com a inclusão no artigo 189º do CPA de uma remissão para *“as normas que regulem formas*

⁸⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Regime...*, cit, pág. 835.

⁸⁷ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 4 ao artigo 314º.

específicas de contratação pública”⁸⁸. Com a entrada em vigor do CCP, é revogado o RJEOP, passando o regime legal do CEOP a ficar previsto no Capítulo I do Título II da Parte III do novo Código⁸⁹, em cujo regime se faz notar a tendência de “emagrecimento” do quadro legal previsto no anterior RJEOP, e o CEOP é incluído no elenco dos contratos administrativos típicos, conforme prevê a alínea a) do n.º 6 do artigo 1º do CCP⁹⁰. No entanto, faz notar DIOGO FREITAS DO AMARAL⁹¹, apesar da revogação do RJEOP, o regime do CEOP previsto no CCP continua-se a aplicar subsidiariamente a outros contratos administrativos⁹².

Começamos a nossa análise pela definição do conceito de “empreitada de obras públicas” consagrado no n.º 1 do artigo 343º do CCP. Tal como afirma LICÍNIO LOPES, o conceito que nos é apresentado pelo CCP replica na essencialidade aquele que nos era apresentado pelo n.º 1 do artigo 1º do RJEOP⁹³, bem como a noção prevista na alínea b) do n.º 2 do artigo 1º da Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004. daquelas definições se retira que a principal característica do CEOP consiste na “*execução de uma obra pública por uma empresa particular [um empreiteiro]*”⁹⁴, *cabendo à Administração pagar a esta o respectivo preço*”⁹⁵. Nesta resumida definição dada por DIOGO FREITAS DO AMARAL encontram-se, portanto, os três elementos qualificadores de um contrato como empreitada de obras públicas avançados por JORGE ANDRADE DA SILVA: um *elemento material*, em razão do qual a

⁸⁸ Nesta pequena introdução ao tema, seguimos de perto a exposição de LINO TORGAL, *A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – breve nota sobre algumas das principais novidades*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 64, Julho / Agosto 2007, págs. 55 e 56.

⁸⁹ Correspondente aos artigos 342º a 406º do CCP.

⁹⁰ Tal já era anteriormente previsto, como faz notar PEDRO MELO, no disposto dos artigos 2º, n.º 3 do RJEOP e 178º, n.º 2 do CPA, in *O Direito das Obras Públicas*, Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. VI, coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, 2012, pág. 448, nota 12.

⁹¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II*, cit, pág. 569.

⁹² Conforme se comprova através do disposto nos artigos 426º (regime da concessão de obras públicas), 438º (regime de aquisição de bens móveis) e 451º (regime de aquisição de serviços).

⁹³ LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública – II, org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, 2010, pág. 348.

⁹⁴ Encontramos a definição do conceito de “empreiteiro” no disposto da alínea b) do artigo 3º do DL n.º 12/2004, de 9 de Janeiro.

⁹⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...II*, cit, págs. 568 e 569. Outras opiniões idênticas se poderão retirar de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Poderes...*, cit, pág. 8, nota 12, e JORGE ANDRADE DA SILVA, *Dicionário dos Contratos Públicos*, Almedina, 2010, pág. 188.

empreitada se deve consubstanciar numa “obra pública”⁹⁶; um *elemento intencional*, que se materializa no fim de interesse público que com a obra se visa satisfazer; e um *elemento pessoal*, mediante o qual a obra deve ser adjudicada por um contraente público⁹⁷. Ainda do n.º 1 artigo 343º do CCP se retira que a empreitada de obras públicas poderá revestir duas modalidades. Por um lado, poderá consistir apenas numa empreitada de execução, na qual o empreiteiro apenas executa o disposto no projeto de execução que lhe é fornecido pelo dono da obra (o contraente público) na fase pré-contratual. Por outro lado, poderá consistir numa empreitada de conceção e execução, mediante a qual o projeto de execução é elaborado pelo próprio empreiteiro e por ele também executado, após aprovação daquele pelo dono da obra em fase pré-contratual⁹⁸.

Do n.º 2 do preceito em análise retira-se um outro requisito do CEOP. Através do preceituado naquela disposição legal, concluímos que este contrato administrativo apenas pode ter como objeto bens imóveis⁹⁹. No entanto, faz notar LICÍNIO LOPES, “*a empreitada de obras públicas implica sempre a utilização de coisas móveis, seja para a construção dos imóveis, seja para efectuar trabalhos em coisas móveis que já existam*”¹⁰⁰. A questão relevante para o Autor é saber se a prestação das coisas móveis que serão integradas no imóvel é inerente ao CEOP ou se já configura um contrato diferente. Como resolução do problema, o mesmo Autor adota o critério do “fornecedor”, ou seja, “*se a aquisição dos bens móveis necessários à execução do [CEOP] fica na responsabilidade da entidade que executa a obra, estamos em face de uma obrigação integrante do [CEOP]; se, eventualmente, for convencionado que as coisas móveis a aplicar na obra são adquiridas (...) pela entidade adjudicante (...), então já não integram o [CEOP], devendo a entidade adjudicante observar o procedimento adequado para a celebração de um contrato de aquisição de bens móveis*”¹⁰¹.

⁹⁶ Estando a definição deste conceito previsto no n.º 2 do artigo 343º do CCP e os trabalhos por ele abrangidos desenvolvidos na Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro.

⁹⁷ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 9 ao artigo 343º.

⁹⁸ Desde que preenchidos os requisitos do n.º 3 do artigo 43º do CCP, faz notar JORGE ANDRADE DA SILVA, in *Dicionário...*, cit, pág. 189.

⁹⁹ Ao contrário da empreitada civil, cujo objeto pode incidir sobre bens móveis, conforme dispõem os artigos 1207º e 1212º, n.º 1 do Código Civil. A propósito deste ponto, DIOGO FREITAS DO AMARAL lembra a diferença existente entre o regime português e os vários ordenamentos jurídicos a nível europeu, in *Curso de...*, cit, pág. 569.

¹⁰⁰ LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos...*, cit, pág. 359.

¹⁰¹ LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos...*, cit, pág. 359.

4.2 – O poder de modificação unilateral no CEOP

Encontrando-nos já na fase de execução do contrato, vimos atrás que, aqui, as prestações das partes poderão ser alteradas, por via de acordos endocontratuais, decisões judiciais, ou por ato administrativo emanado pelo contraente público, no exercício do seu poder de modificação unilateral ¹⁰². O foco das nossas atenções irá apenas para este último, tendo em vista o objetivo de analisar algumas das suas manifestações em sede de CEOP. De modo a organizar um pouco melhor a nossa exposição, seguiremos a ordem dos artigos prevista no CCP.

4.2.1 – A suspensão dos trabalhos pelo dono da obra

Consagra-se, na alínea b) do artigo 365º do CCP ¹⁰³, a possibilidade de o dono da obra ordenar a suspensão dos trabalhos quando verificar a necessidade de estudar alterações a introduzir no projeto. Neste caso, afirma Pedro Melo, *“tudo estará em saber se tais alterações resultam de um erro de projecto imputável ao empreiteiro (...) ou se, pelo contrário, essas alterações derivam da iniciativa do dono da obra por entender que as mesmas são necessárias ou convenientes à luz do interesse público”* ¹⁰⁴. Perante esta última hipótese posta pelo Autor, somos da opinião que estamos uma verdadeira manifestação do poder de modificação unilateral do dono da obra.

Defendemo-lo por duas razões. Em primeiro lugar, como refere JORGE ANDRADE DA SILVA, este preceito *“tem a ver com o interesse público e com o poder do dono da obra de, para o satisfazer, proceder a alterações objetivas do contrato”*, defendendo ainda o mesmo Autor, nesta sede, o preenchimento dos preceitos relativos às fontes, fundamentos, limites e consequências do exercício do poder de modificação unilateral ¹⁰⁵. Em segundo lugar devido às consequências da suspensão dos trabalhos imputável ao dono da obra. No meio do elenco que aquele Autor apresenta ¹⁰⁶, interessa-nos particularmente aquela consequência pela qual o tempo de suspensão não conta para

¹⁰² Cfr. o artigo 311º do CCP.

¹⁰³ Preceito correspondente ao anterior artigo 186º do RJEOP.

¹⁰⁴ PEDRO MELO, *O Direito...*, cit, págs. 488 e 489.

¹⁰⁵ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 4 ao artigo 365º. Cfr. os artigos 311º a 314º do CCP.

¹⁰⁶ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 6 ao artigo 365º.

efeitos do prazo de execução da obra, e na qual o empreiteiro terá direito à prorrogação desse mesmo prazo pelo tempo que durou a suspensão ¹⁰⁷. Ora, já atrás nos referimos, aquando a análise do regime do reequilíbrio financeiro, que a prorrogação do prazo de execução seria uma das formas possíveis que aquele poderia configurar, nos termos do artigo 282º, n.º 3 do CCP. Como tal, e sendo este preceito de aplicação geral a todos os casos de modificação unilateral do contrato por parte do contraente público, não se vislumbra qualquer razão pela qual o legislador quisesse impedir, nesta sede, a sua aplicação, o que sustenta a nossa opinião sobre a natureza desta ordem de suspensão dos trabalhos pelo dono da obra.

4.2.2 – Os trabalhos a mais

Reconhecidos por unanimidade na doutrina ¹⁰⁸ como o principal corolário do poder de modificação unilateral em matéria de CEOP, os trabalhos a mais encontram o seu regime legal no disposto dos artigos 370º a 375º do CCP, este último não diferindo muito do conceito anteriormente previsto no RJEOP ¹⁰⁹. Assim, para que se possa falar verdadeiramente de trabalhos a mais, terão que se encontrar preenchidos os requisitos cumulativos do n.º 1 do artigo 370º do CCP, mediante o qual a sua espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato, se tenham tornado necessários à execução da mesma obra na sequência de uma circunstância imprevista e não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra ou, embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra ¹¹⁰. Estes requisitos dos trabalhos a mais enunciam “*uma feição mais restritiva*” do

¹⁰⁷ Cfr. o artigo 298º, n.º 2 do CCP. Aqui, PEDRO MELO e JORGE ANDRADE DA SILVA parecem estar em desacordo, pois o primeiro dos Autores parece ser menos rígido quanto à estipulação do tempo de prorrogação, defendendo que “*o período de prorrogação pode ser superior ao período de tempo em que a obra esteve efectivamente suspensa*”, ao passo que o segundo faz uma interpretação restritiva do preceito, escrevendo que o empreiteiro tem “*direito à prorrogação daquele prazo pelo tempo que durou a suspensão*”. in PEDRO MELO, *O Direito...*, cit, pág. 490 e JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 6 ao artigo 365º.

¹⁰⁸ Entre outros, LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos...*, cit, págs. 399 e 400, nota 60, PEDRO MELO, *O Direito...*, cit, pág. 492, PAULO OTERO, *Estabilidade Contratual*, cit, pág. 930, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 5 ao artigo 370º e ANA GOUVEIA MARTINS, *A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*, in Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pág. 96.

¹⁰⁹ O conceito de trabalhos a mais encontrava-se previsto no artigo 26º, n.º 1 do RJEOP.

¹¹⁰ Como bem faz notar ANA GOUVEIA MARTINS, o legislador limitou-se, relativamente ao preceito em análise, a reproduzir o conteúdo da alínea a) do n.º 4 do artigo 31º da Diretiva 2004/18/CE do

poder de modificação unilateral em sede de CEOP, como faz notar ANA GOUVEIA MARTINS ¹¹¹. A Autora, ao comparar o atual regime com o consagrado no anterior RJEOP, conclui que os limites previstos no CCP vão de encontro à já atrás mencionada proteção dos princípios da transparência e da concorrência “*e não exclusivamente no escopo de proteger o empreiteiro de uma desnaturalização do contrato adjudicado*” ¹¹².

Para além daqueles requisitos referentes à natureza dos trabalhos a mais, terão ainda que se encontrar verificados obrigatoriamente os limites - relativos ao seu valor - previstos no n.º 2 do artigo 370º do CCP ¹¹³. Estipulam estes últimos que, no caso de um CEOP que tenha sido adjudicado por ajuste direto, o valor dos trabalhos a mais tem que ser inferior a €150000 ¹¹⁴; no caso de CEOP adjudicado com base em concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação e cujo anúncio não foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* ¹¹⁵, o valor dos trabalhos a mais tem que ser inferior a €5000000 ¹¹⁶; por último, em qualquer caso, o valor dos trabalhos a mais não poderá ser superior a 40% do preço contratual ¹¹⁷.

Da natureza financeira destes limites que acabamos de enunciar retira-se a evidente preocupação, aquando a alteração normativa de que o preceito foi alvo, com o controlo da despesa pública. Para além desta preocupação, os limites aqui impostos pelo legislador refletem bem a sua preocupação em “*impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato*”, consubstanciando elementos concretizadores dos limites gerais de modificação objetiva do contrato, previstos no n.º 1 do artigo 313º do CCP. Tal se confirma, na medida em que, se a modificação do CEOP for para além daqueles limites,

Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 e da alínea f) do n.º 3 do artigo 40º da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004. *in A Modificação...*, cit, pág. 99.

¹¹¹ ANA GOUVEIA MARTINS, *A Modificação...*, cit, pág. 98.

¹¹² ANA GOUVEIA MARTINS, *A Modificação...*, cit, pág. 98.

¹¹³ Este preceito, lembra JORGE ANDRADE DA SILVA, foi alterado pelo DL n.º 149/2012, de 12 de Julho de modo a dar execução ao item 7.24 do vulgarmente designado Memorando da TROIKA. Anteriormente, o preceito previa quatro condições cumulativas, relativas à formação e preço do CEOP. O mesmo DL veio revogar a alínea d) do n.º 2 e o n.º 3 do preceito. *in Código...*, cit, anotação n.º 1 ao artigo 370º.

¹¹⁴ Cfr. os artigos 19º alínea a) e 370º, n.º 2 alínea a) do CCP.

¹¹⁵ Cfr. o artigo 28º do CCP.

¹¹⁶ Cfr. os artigos 19º alínea b) e 370º, n.º 2 alínea b) do CCP.

¹¹⁷ Cfr. a alínea c) do n.º 2 do artigo 370º do CCP.

terá que ser promovido um novo contrato, conforme dispõe o n.º 5 do artigo 370º do CCP.

Como último ponto de análise deste preceito temos o seu n.º 4, que, em moldes inovatórios, prevê a autonomização dos trabalhos de suprimento de erros e omissões em relação aos trabalhos a mais, contrariando assim o regime consagrado no anterior RJEOP ¹¹⁸. A propósito dos trabalhos de suprimento de erros e omissões, deixaremos uma análise mais desenvolvida desta figura para o ponto seguinte.

Conforme prevê o artigo 371º, n.º 1 do CCP, o empreiteiro tem a obrigação de executar os trabalhos a mais, desde que a ordem para a sua execução seja dada por escrito e que seja acompanhada do projeto de alterações que devam ter lugar. No entanto, prevê o n.º 2 do preceito, poderá ele ficar dispensado dessa obrigação caso opte por exercer o seu direito à resolução do contrato ¹¹⁹ ou se não dispuser dos meios humanos ou técnicos necessários para executar os trabalhos a mais ¹²⁰. Caso esta situação se verifique - ou seja posta em causa a verificação dos requisitos da qualificação de trabalhos a mais prevista no n.º 1 do artigo 370º - terá o empreiteiro a possibilidade de reclamar fundamentadamente da ordem que lhe foi dada pelo dono da obra, no prazo de 10 dias a contar da receção daquela ¹²¹, conforme dispõe o artigo 372º, n.º 1 do CCP. Após a receção da reclamação, e no mesmo espaço de tempo, o dono da obra deverá sobre ela pronunciar-se (n.º 2). Se o dono da obra decidir pelo não provimento da reclamação do empreiteiro (n.º 3), poderá notificar este da manutenção da ordem de trabalhos a mais, com cinco dias de antecedência (alínea a)) ou providenciar por essa execução pelos seus próprios meios (administração direta) ou atrás de um novo contrato ¹²² com um terceiro estranho àquela relação contratual,

¹¹⁸ Este diploma, no seu artigo 45º, n.º 1, integrava os trabalhos de suprimento de erros e omissões e os trabalhos a mais no limite de 25% do preço do contrato.

¹¹⁹ Se estiverem reunidas as condições previstas na alínea c) do artigo 406º do CCP.

¹²⁰ Relativamente a este último requisito, PEDRO MELO e JORGE ANDRADE DA SILVA escrevem que a obrigação de execução de trabalhos a mais do empreiteiro existirá bastando este ter ao seu dispor apenas um dos meios ali referidos. Assim, “a exigência da verificação da falta de meios humanos e técnicos não é cumulativa, mas alternativa”. in *O Direito...*, cit, pág. 500 e *Código...*, cit, anotação n.º 4 ao artigo 371º, respetivamente.

¹²¹ Aplicam-se aqui - como faz notar PEDRO MELO - as regras do artigo 471º do CCP, relativas à contagem de prazos em fase de execução dos contratos. in *O Direito...*, cit, pág. 500, nota 148.

¹²² Promovendo um novo procedimento de adjudicação conforme dispõe o n.º 3 do artigo 333º do CCP.

quando o empreiteiro se mostre perentório em não os executar (alínea b)) ¹²³. Esta última opção do dono da obra também tem aplicação nos casos da alínea a) do n.º 3 ¹²⁴, a par das hipóteses de o dono da obra aplicar ao empreiteiro uma sanção pecuniária compulsória ¹²⁵ ou exercer o seu direito de resolução do contrato, se forem preenchidos os requisitos da alínea d) do n.º 1 do artigo 405º do CCP.

Já no caso de o dono da obra se manter em silêncio relativamente à reclamação do empreiteiro, tanto PEDRO MELO como JORGE ANDRADE DA SILVA defendem a aplicação analógica do disposto no artigo 345º, n.º 5 do CCP, mediante o qual aquela será deferida ¹²⁶.

Relativamente ao preço e prazo de execução dos trabalhos a mais, cujo regime se encontra consagrado na regra supletiva do artigo 373º do CCP, verificamos duas hipóteses. Assim, se os trabalhos a mais forem da mesma espécie daqueles que se encontravam previstos no contrato e devam ser executados nas mesmas condições, aplicar-se-á o mesmo preço e prazo previstos no plano de trabalhos ¹²⁷. Já se os trabalhos forem de espécie diferente ou da mesma espécie mas devam ser executados em condições diferentes, deverá o empreiteiro apresentar uma proposta de preço e de prazo de execução ao dono da obra ¹²⁸, no prazo de dez dias contados após receber a ordem de trabalhos a mais ¹²⁹, tendo o dono da obra o mesmo prazo para sobre ela se pronunciar, podendo apresentar uma contraproposta no caso de não aceitação daquela ¹³⁰. Neste caso, o silêncio do dono da obra equivalerá a uma aceitação tácita da proposta do empreiteiro ¹³¹. Por último, dispõe o n.º 5 do preceito em análise que não havendo acordo entre o empreiteiro e o dono da obra, a questão será decidida em sede judicial ou

¹²³ Por remissão daquele preceito, aplicam-se aqui os números 2 a 4 do artigo 325º do CCP. Assim, o n.º 2 deste preceito prevê as hipóteses, para o dono da obra, de efectivar os trabalhos (por si ou através de terceiros) ou de exercer o seu poder de resolução sancionatória do contrato, nos termos do artigo 333º, n.º 1 alínea a) do CCP.

¹²⁴ Cfr. o artigo 372º, n.º 4 alínea b) do CCP.

¹²⁵ Cfr. o artigo 372º, n.º 4 alínea a) do CCP.

¹²⁶ PEDRO MELO, *O Direito...*, cit, pág. 500 e JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 6 ao artigo 372º.

¹²⁷ Cfr. a alínea a) do n.º 1.

¹²⁸ Cfr. a alínea b) do n.º 1.

¹²⁹ Cfr. o n.º 2.

¹³⁰ Cfr. o n.º 3.

¹³¹ Cfr. o n.º 4.

arbitral aplicando-se, até à decisão da instância, a contraproposta apresentada pelo dono da obra ao empreiteiro.

Relativamente à prorrogação do prazo de execução da obra devido à execução de trabalhos a mais, dispõe o artigo 374º do CCP que ele deverá existir, tomando como critério para a sua definição uma proporcionalidade com o disposto no artigo 373º ¹³²; no entanto, se a execução dos trabalhos a mais não for prejudicial à normal execução do plano de trabalhos originalmente previsto, não haverá lugar a essa prorrogação, conforme dispõe o n.º 2 do preceito. Relativamente ao disposto neste n.º 2, JORGE ANDRADE DA SILVA alerta para a dificuldade “*de saber quando é que isso sucede, o que pode implicar um juízo de natureza técnica e escapar ao âmbito dos poderes de autoridade do dono da obra*” ¹³³. Existindo acordo entre o dono da obra e o empreiteiro relativamente aos termos e condições de execução dos trabalhos a mais, deverá ele ser reduzido a escrito, conforme dispõe o artigo 375º do CCP. Aqui, afirma aquele Autor, a iniciativa da formalização do escrito dos trabalhos a mais caberá ao dono da obra ¹³⁴.

Acabada que está a análise do regime dos trabalhos a mais, e antes de passarmos ao próximo ponto, focamos brevemente a nossa atenção numa figura que, tal como aqueles, consubstancia também uma decorrência do poder de modificação unilateral exercido pelo dono da obra. Falamos dos trabalhos a menos, cuja previsão legal se encontra no artigo 379º do CCP. Aqueles consistem em trabalhos que, embora estejam previstos no objeto do contrato, não são executados pelo empreiteiro, por ordem do dono da obra, em cujo conteúdo terão que ser especificados ¹³⁵. O n.º 2 desta disposição legal prevê que o valor dos trabalhos a menos seja deduzido ao preço contratual; se, no entanto, essa dedução for superior a 20% daquele preço, terá o empreiteiro direito a ser indemnizado em 10% do valor dessa redução ¹³⁶. O empreiteiro terá ainda direito a resolver o contrato, nos termos do disposto na alínea c) do artigo 406º do CCP se, na conjugação dos vários tipos de trabalhos ali previstos, ocorrer uma redução superior a 20% do preço contratual.

¹³² Cfr. o n.º 1.

¹³³ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código..., cit*, anotação n.º 3 ao artigo 374º.

¹³⁴ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código..., cit*, anotação n.º 2 ao artigo 375º.

¹³⁵ Cfr. o n.º 1.

¹³⁶ Cfr. o artigo 381º, n.º 1 do CCP, prevendo o n.º 2 deste preceito que a liquidação desta indemnização terá lugar na conta final da empreitada.

4.2.3 – Os trabalhos de suprimento de erros e omissões

Da mesma maneira que se concluía no caso dos trabalhos a mais, também os trabalhos de suprimento de erros e omissões consubstanciam fundamentos de modificação objetiva ao contrato pelo dono da obra ¹³⁷. No entanto, as duas figuras não se confundem, pois os trabalhos de suprimento de erros e omissões distanciam-se dos trabalhos a mais, na medida em que nunca podem resultar de uma circunstância imprevista ¹³⁸. Ou seja, ao passo que os trabalhos a mais pressupõem que a sua espécie ou quantidade não estejam previstas no contrato e se tenham tornado necessários à execução da obra na sequência de uma circunstância (objetivamente) imprevista, os trabalhos de suprimento de erros e omissões poderão também não figurar no clausulado contratual, *“seja porque foram omitidos, seja por incorrecta quantificação [mas], nunca, a sua necessidade, em termos de execução da obra, pode, pura e simplesmente, resultar de uma circunstância imprevista”* ¹³⁹. Ou seja, neste caso estaremos perante uma circunstância subjetivamente imprevista, pois é imputável a uma das partes o facto de os erros e omissões não figurarem no CEOP ¹⁴⁰. A distinção entre os conceitos não é pacífica e o CCP, ao não consagrar uma noção de “erros e omissões”, em nada ajudou a acabar com a *“relativa ambiguidade”* ¹⁴¹ nesta matéria, facto criticado pela doutrina ¹⁴².

O regime legal aplicável a esta figura divide-se, no CCP, em duas partes: uma, relativa à fase pré-contratual, consagrada no artigo 61º e outra, relativa à fase de execução do contrato, prevista nos artigos 376º a 378º ¹⁴³. Fazemos aqui a análise desta segunda parte, relacionando-a com aquela primeira quando tal se justifique.

Assim, dispõe o artigo 376º do CCP que sobre o empreiteiro pende a obrigação de execução de todos os trabalhos de suprimento de erros e omissões que lhe forem

¹³⁷ PEDRO MELO, *O Direito...*, cit, pág. 508.

¹³⁸ Cfr. o artigo 370º, n.º 1 do CCP. in LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos...*, cit, pág. 401.

¹³⁹ LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos...*, cit, pág. 401. No mesmo sentido, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 6 ao artigo 370º.

¹⁴⁰ JOSÉ PUJOL, *Novos erros e omissões do regime de erros e omissões do Código dos Contratos Públicos*, Revista de Contratos Públicos, n.º 5, CEDIPRE, 2012, pág. 112.

¹⁴¹ LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos...*, cit, pág. 399.

¹⁴² Entre outros, LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos...*, cit, pág. 399, PEDRO MELO, *O Direito...*, cit, pág. 504 e JOSÉ PUJOL, *Novos erros...*, cit, pág. 117.

¹⁴³ Ao contrário do que se verificava no anterior RJEOP, o qual só previa um regime legal da figura para a fase de execução do contrato. in LINO TORGAL, *A empreitada...*, cit, pág. 59.

ordenados pelo dono da obra, devendo este entregar-lhe todos os elementos necessários à execução daqueles, ressalvados os casos de CEOP de conceção e execução, nos quais o empreiteiro elabora o projeto de execução da obra ¹⁴⁴. Tal como já se previa no caso dos trabalhos a mais, o empreiteiro não se encontra obrigado a cumprir a ordem do dono da obra quando se verificarem os requisitos previstos no n.º 2 do artigo 371º pelo que, tal acontecendo, poderá ainda fazer uso dos procedimentos previstos no artigo 372º do CCP ¹⁴⁵, cuja análise já realizamos e para a qual remetemos. Para além do acompanhamento dos elementos previstos no n.º 2 do preceito em análise, a ordem do dono da obra, para ser válida, deve ter a forma escrita ¹⁴⁶ e a soma do valor dos trabalhos nela previstos com o valor de outros trabalhos anteriores de mesma natureza não deverá exceder 5% do preço contratual ¹⁴⁷. Não se verificando esta última condição, deverá ser celebrado um novo contrato para execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões, através de um novo procedimento adjudicatório ¹⁴⁸. Aquele limite percentual previsto no n.º 3 deste preceito poderá ser elevado para o seu dobro, desde que verificados os requisitos do n.º 4. Aqui, faz notar JOSÉ PUJOL, excepciona-se o critério de distinção entre trabalhos a mais e trabalhos de suprimento de erros e omissões, pois torna-se claro, com a redação do artigo, que *“a característica da imprevisibilidade objectiva não é qualidade exclusiva dos «trabalhos a mais» (...), sendo também caracterizadora dos «erros e omissões» ”* ¹⁴⁹. O n.º 6 deste preceito tem, na nossa opinião, uma *ratio* de garantia da normal execução da empreitada, pois faz pender sobre o dono da obra o dever de justificação de um erro ou omissão em fase de execução, quando este já era do seu conhecimento mas por si não foi aceite na fase pré-contratual. Trata-se de uma norma que visa o acautelamento do dono da obra, através da qual se pretende evitar um possível *venire contra factum proprium* por parte daquele.

No que toca ao preço e ao prazo de execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões, rege o artigo 377º do CCP. Conforme se retira da breve leitura do preceito, aliás, como já se retirava também do n.º 3 do artigo 376º, existe um evidente apoio do regime dos trabalhos de suprimento de erros e omissões no regime dos

¹⁴⁴ Cfr. os números 1 e 2 do preceito.

¹⁴⁵ Cfr. o n.º 5 do preceito em análise.

¹⁴⁶ Cfr. o artigo 304º, n.º 3 do CCP.

¹⁴⁷ Cfr. o n.º 3.

¹⁴⁸ Cfr. o n.º 9.

¹⁴⁹ JOSÉ PUJOL, *Novos erros...*, cit, pág. 111.

trabalhos a mais, ainda que com as necessárias adaptações. Tal dependência, em nossa opinião, demonstra o impasse em que o legislador caiu ao autonomizar as duas figuras, principalmente na fase de execução do contrato, na medida em que entre elas, como já percebemos ao analisar o n.º 4 do artigo anterior, ainda existe uma certa identidade e aquele não conseguiu desenvolver um regime verdadeiramente autónomo para cada uma delas. Uma das (ténues) adaptações do regime dos trabalhos de suprimento de erros e omissões a que atrás aludimos encontra-se precisamente no n.º 2 deste artigo, o qual dispõe que a execução daqueles pode dar lugar a uma prorrogação do prazo contratual, ao contrário dos trabalhos a mais, perante os quais essa prorrogação existirá sempre ¹⁵⁰. Aqui, JORGE ANDRADE DA SILVA afirma que só nas situações elencadas nas alíneas do preceito é que haverá essa possibilidade de prorrogação do prazo pelo dono da obra, devendo ela ser proporcional, nos termos do artigo 374º ¹⁵¹.

Como atrás referimos, o regime dos trabalhos de suprimento de erros e omissões assenta em circunstâncias subjetivamente imprevistas, ou seja, as situações sobre as quais recaem estes trabalhos não consubstanciam prestações previstas no contrato simplesmente porque uma das partes as não previu ou simplesmente se “desleixou”. Assim, chegados à fase de execução do contrato e confrontados com as situações que requeiram a execução de trabalhos desta natureza, é necessário apurar responsabilidades pela falha contratual. O regime legal dessa responsabilidade encontra-se previsto no artigo 378º do CCP.

Numa interpretação resumida dos números 1 e 2 daquele preceito ¹⁵², JORGE ANDRADE DA SILVA afirma que, em princípio, os trabalhos de suprimento de erros e omissões serão da responsabilidade do autor do projeto de execução, ou de quem tenha fornecido os elementos nos quais aquele se baseou ¹⁵³. Já o n.º 3 do preceito determina “o empreiteiro responsável pelos respectivos trabalhos de correcção cuja detecção lhe

¹⁵⁰ Cfr. o n.º 1 do artigo 374º.

¹⁵¹ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 3 ao artigo 377º.

¹⁵² Os quais se encontram reproduzidos, respetivamente, nos números 4 e 5 da cláusula 22ª da Portaria n.º 959/2009, 21 de Agosto, consagradora do formulário do caderno de encargos relativo aos CEOPs.

¹⁵³ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 3 ao artigo 378º e também ANA GOUVEIA MARTINS, *A Modificação...*, cit, pág. 92. LICÍNIO LOPES vai no mesmo sentido, ainda que desenvolvendo um pouco aquela premissa. Assim, para este Autor, “o princípio geral, deveria ser o da responsabilidade do dono da obra” pois, por regra, será ele a elaborar os elementos de solução da obra, tendo em conta o regime excepcional da empreitada de conceção e execução, conforme dispõe o n.º 3 do artigo 43º do CCP. in *Alguns aspectos...*, cit, pág. 407.

fosse exigível (...) na fase da formação do contrato”. Já assim não será “*relativamente a erros e omissões que hajam sido detectados pelos concorrentes na fase de formação do contrato, mas que não tenham sido expressamente aceites pelo dono da obra*” ¹⁵⁴. Caso a responsabilidade do empreiteiro se apure nos moldes previstos por este n.º 3, ela corresponderá a metade do preço valor dos trabalhos de suprimento de erros e omissões executados ¹⁵⁵. Nota JOSÉ PUJOL que aquela deteção de erros e omissões que é exigida nos termos do n.º 2 do artigo 61º do CCP é relativa apenas ao caderno de encargos, e não ao projeto de execução ¹⁵⁶.

Já o n.º 4 deste preceito ¹⁵⁷, fazendo uma aplicação *a contrario sensu* do n.º 5 do mesmo ¹⁵⁸, prevê uma integral responsabilidade do empreiteiro nos casos em que não lhe era exigível a deteção dos erros e omissões na fase pré-contratual mas que também não foram por si identificados no prazo de 30 dias após a data em que tal lhe era exigível ¹⁵⁹. Aqui, fazemos nossas as críticas doutrinárias a esta previsão legal pois, como LICÍNIO LOPES, não entendemos a razão pela qual se preveem regimes diferenciados de responsabilidade do empreiteiro conforme se esteja na fase pré-contratual ou na fase de execução do contrato concluindo que, neste caso em concreto, haveria razão suficiente para que sobre o dono da obra também recaísse uma parte (senão metade, conforme prevê o n.º 5) da responsabilidade ¹⁶⁰. Também criticando o preceito, JOSÉ PUJOL alega a total descon sideração do nexo de causalidade em relação aos factos imputáveis ao dono da obra ¹⁶¹, operando-se assim uma desresponsabilização objetiva ¹⁶², razões pelas quais o Autor também põe em causa a constitucionalidade desta norma, por “*violação dos princípios materiais constitucionalmente acolhidos da culpa, da igualdade e da*

¹⁵⁴ LINO TORGAL, *A empreitada...*, cit, pág. 61. JORGE ANDRADE DA SILVA nota e aplaude a alteração legislativa operada pelo DL n.º 149/2012, de 12 de Julho, nos termos da qual o substantivo “concorrentes” foi substituído pelo substantivo “interessados”, pois nesta fase procedimental aqueles ainda não o são. in *Código...*, cit, anotação n.º 2 ao artigo 377º.

¹⁵⁵ Cfr. o n.º 5 do preceito. Os dois números em análise foram agregados no n.º 6 da cláusula 22ª da Portaria n.º 959/2009, de 21 de Agosto.

¹⁵⁶ JOSÉ PUJOL, *Novos erros...*, cit, pág. 109.

¹⁵⁷ Reproduzido no n.º 7 da cláusula 22ª da Portaria n.º 959/2009, de 21 de Agosto.

¹⁵⁸ ANA GOUVEIA MARTINS, *A Modificação...*, cit, pág. 95.

¹⁵⁹ O que não prejudica o seu direito de sub-rogação, nos termos do n.º 6, alínea b), como referido em LINO TORGAL, *A empreitada...*, cit, págs. 61 e 62.

¹⁶⁰ LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos...*, cit, págs. 411 e 412.

¹⁶¹ E, também, aos terceiros que tenham assumido perante aquele a conceção de elementos de solução da obra, por remissão da 1ª parte do n.º 6 deste artigo para o n.º 4 do mesmo. in LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos...*, cit, pág. 412.

¹⁶² JOSÉ PUJOL, *Novos erros...*, cit, pág. 131.

proporcionalidade”¹⁶³. Estamos, aqui, perante um exemplo de normas que, tal como previa LINO TORGAL, são potenciadoras de um aumento de litigiosidade entre o dono da obra e o empreiteiro, conforme o confirma também JOSÉ PUJOL¹⁶⁴.

Uma disposição inovadora no regime de CEOP em relação ao anterior RJEOP é a prevista no n.º 6 do preceito em análise, mediante a qual é imputada responsabilidade aos terceiros que assumiram perante o dono da obra obrigações de conceção dos elementos de solução dos trabalhos, caso se verifique o incumprimento daquelas. Aqui, o dono da obra é obrigado a exercer o direito que lhe assista de ser indemnizado por aqueles¹⁶⁵ e o empreiteiro fica sub-rogado nesse mesmo direito até ao limite do montante que deva ser por si suportado¹⁶⁶. A grande questão aqui, reside no n.º 7 do preceito, o qual limita a responsabilidade dos terceiros ao triplo dos honorários a que tenham direito ao abrigo do contrato que celebraram com o dono da obra. Mais uma vez fazemos nossas as críticas de vários Autores a este preceito pois não percebemos como é que, não sendo seu erro, o empreiteiro continua, nesta situação, a ser responsabilizado por trabalhos de suprimento de erros e omissões que não lhe são imputáveis, agravando-se ainda a situação quando as entidades a quem eles são imputáveis veem a sua responsabilidade limitada perante as partes do CEOP. Trata-se de uma medida de dúbia razoabilidade¹⁶⁷, que “*contém vincados traços de imputação e de desresponsabilização ou de exclusão objectiva de responsabilidade, que fazem perigar a sua constitucionalidade*”¹⁶⁸ e perante a qual “*pode muito bem suceder que o empreiteiro tenha ainda de suportar custos para além daqueles que derivem da responsabilidade que, nos termos referidos, lhe é imputável*”¹⁶⁹. Parece-nos, aqui chegados, que a previsão de LINO TORGAL, relativa a um maior padrão de diligência adotado pelos empreiteiros em sede pré-contratual na deteção de erros e omissões dos elementos¹⁷⁰, ainda que observado, não lhes valerá de muito.

¹⁶³ JOSÉ PUJOL, *Novos erros...*, cit, pág. 136. Idêntica opinião poderá ser encontrada em LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos...*, cit, pág. 415.

¹⁶⁴ LINO TORGAL, *A empreitada...*, cit, pág. 62 e JOSÉ PUJOL, *Novos erros...*, cit, pág. 108.

¹⁶⁵ Cfr. a alínea a) do n.º 6.

¹⁶⁶ Cfr. a alínea b) do n.º 6.

¹⁶⁷ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código...*, cit, anotação n.º 6 ao artigo 378º.

¹⁶⁸ JOSÉ PUJOL, *Novos erros...*, cit, pág. 132.

¹⁶⁹ LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos...*, cit, pág. 415.

¹⁷⁰ LINO TORGAL, *A empreitada...*, cit, pág. 62.

4.2.4 – O reequilíbrio financeiro em CEOP

A questão do reequilíbrio financeiro do CEOP está regulada no artigo 354º do CCP ¹⁷¹. O propósito deste preceito é o de o empreiteiro não suportar as modificações aos pressupostos de formação do CEOP, quando aquelas sejam imputáveis ao dono da obra, seja por exercício do poder de modificação unilateral ou por *fait du prince* ¹⁷². Tal é o que transparece do n.º 1 deste preceito, fortemente inspirado no disposto no artigo 437º do CC. Assim, quer estejamos em sede de pagamento de trabalhos a mais ¹⁷³ ou de trabalhos de suprimento de erros e omissões ¹⁷⁴, baseado na maior dificuldade que a execução daqueles trabalhos lhe trazem, o empreiteiro poderá ter direito a uma indemnização ¹⁷⁵ pelos sobrecustos causados pela execução daqueles trabalhos ¹⁷⁶. Aqueles sobrecustos, afirma LICÍNIO LOPES MARTINS, consubstanciam-se apenas nos danos emergentes, sendo excluídos os lucros cessantes ¹⁷⁷.

O n.º 2 deste preceito prevê a caducidade do direito à reposição do equilíbrio financeiro caso o empreiteiro não reclame os danos sofridos ao dono da obra num prazo de 30 dias a contar do momento em que aquele se constituiu ou do momento em que este tomou conhecimento dele ¹⁷⁸, ainda que desconheça a extensão integral desses danos. Trata-se de uma disposição inovadora na matéria em relação ao RJEOP, que visa o evitar da acumulação de pedidos indemnizatórios e sua apresentação no termo do CEOP, que “*viabiliza um conhecimento permanentemente actualizado sobre os reais custos da obra pública*” ¹⁷⁹. Por sua vez, LICÍNIO LOPES MARTINS afirma – com a nossa

¹⁷¹ O n.º 1 deste preceito é fortemente inspirado no n.º 1 do artigo 196º do anterior RJEOP, cujo n.º2 equivale à atual alínea e) do artigo 406º do CCP.

¹⁷² PEDRO MELO, *O Direito...*, cit, pág. 527.

¹⁷³ Cfr. artigo 373º do CCP.

¹⁷⁴ Cfr. artigo 377º do CCP.

¹⁷⁵ Atento o disposto no n.º 3 do artigo 97º do CCP, o acréscimo de custos previsto neste preceito não integra o preço contratual.

¹⁷⁶ ANA GOUVEIA MARTINS, *A Modificação...*, cit, pág. 118.

¹⁷⁷ LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos*, Estudos de Contratação Pública – III, org. Pedro Costa Gonçalves, Coimbra Editora, 2010, pág. 355. No mesmo sentido, PEDRO MELO, *O Direito...*, cit, pág. 528.

¹⁷⁸ A contagem deste prazo obedece aos critérios estabelecidos no artigo 471º do CCP.

¹⁷⁹ Conforme exposto em ANA GOUVEIA MARTINS, *A Modificação...*, cit, pág. 118.

concordância – que estamos aqui perante um desvio ao regime geral da reposição do reequilíbrio do contrato ¹⁸⁰, pois este preceito afirma a caducidade do direito, ao contrário do regime geral que prevê a produção de efeitos daquele desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos ¹⁸¹. Na reclamação que envie para o dono da obra, o empreiteiro deverá expor os fundamentos de facto e de direito, bem como oferecer os documentos ou outros meios de prova que considere convenientes ¹⁸², sendo aqui plenamente aplicável a regra geral do ónus da prova constante do artigo 342º, n.º 1 do CC, como afirma PEDRO MELO ¹⁸³.

A aplicação do artigo 354º do CCP deve ser conjugada com o regime geral da modificação objetiva do contrato contido nos artigos 282º e 311º e seguintes do CCP, na medida em que este preceito não contém os pressupostos dos quais depende o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato ¹⁸⁴ e se trata de um dos casos especialmente previstos na lei, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 282º do CCP ¹⁸⁵. Como já atrás concluímos ao tratar desta temática, existirão três possíveis fundamentos para a modificação objetiva do contrato: o exercício do poder de modificação unilateral baseado em razões de interesse público, a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável ao contraente público (o *fait du prince*) e a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias não imputável a nenhuma das partes (o caso imprevisto e o caso de força maior). No entanto, e atento o disposto no n.º 1 deste artigo 354º, notamos que o direito de reposição do equilíbrio financeiro terá que resultar de um facto imputável ao dono da obra. Ou seja, - e chegando à mesma conclusão que LICÍNIO LOPES MARTINS ¹⁸⁶ - caberão aqui os fundamentos consubstanciados no exercício do poder de modificação unilateral e o *fait du prince*, não sendo assim contemplada no preceito a alteração anormal e imprevisível de circunstâncias não imputável a nenhuma

¹⁸⁰ LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos... II, cit*, pág. 354, nota 20.

¹⁸¹ Cfr. artigo 282º, n.º 3 do CCP.

¹⁸² Cfr. o n.º 3 do artigo 354º do CCP.

¹⁸³ PEDRO MELO, *O Direito..., cit*, pág. 528.

¹⁸⁴ LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos... II, cit*, pág. 356 e PEDRO MELO, *O Direito..., cit*, pág. 528.

¹⁸⁵ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código..., cit*, anotação n.º 3 ao artigo 282º.

¹⁸⁶ LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos... II, cit*, pág. 359.

das partes como fundamento do reequilíbrio, sendo-lhe aplicável apenas o regime geral do n.º 2 do artigo 314º do CCP ¹⁸⁷.

Atendendo àquela conjugação de preceitos que atrás aludimos, o direito à reposição do equilíbrio financeiro do empreiteiro com base num facto imputável ao dono da obra (seja o exercício do poder de modificação unilateral ou o *fait du prince*) terá que assentar na verificação dos seguintes pressupostos: haver uma alteração dos pressupostos nos quais se baseou a decisão de celebrar o CEOP; o facto invocado alterar efetivamente aqueles pressupostos; aquele facto ser imputável à atuação do dono da obra; os danos ou sobrecustos devem-se àquela atuação ¹⁸⁸. No que toca às formas que a reposição do equilíbrio financeiro pode assumir, já as verificamos aquando a análise da norma supletiva constante no n.º 3 do artigo 282º do CCP ¹⁸⁹. Nesta sede, bem como relativamente à determinação do valor da reposição financeira ¹⁹⁰, acompanhamos a opinião de LICÍNIO LOPES MARTINS, mediante a qual o reequilíbrio financeiro de CEOP poderá ser realizado através de qualquer uma daquelas formas ali previstas ¹⁹¹.

5 – Conclusão

O poder de modificação unilateral do conteúdo das prestações contratuais do contraente público, consagrado como um princípio geral de Direito Administrativo consiste, ele mesmo, num instrumento da Administração Pública para atingir o interesse público com vista ao qual se celebrou o contrato administrativo. Mas ainda que esse interesse público se deva sobrepor ao interesse privado do cocontratante, defendemos que aquele poder deva ser exercido apenas em *ultima ratio*, dando-se preferência a uma negociação entre as partes para definição das modificações a que as suas prestações

¹⁸⁷ Aqui, LICÍNIO LOPES MARTINS defende a aplicabilidade do limite estabelecido no n.º 6 do artigo 282º do CCP, defendendo assim a possibilidade de, neste caso, “*utilizar critérios de mensurabilidade da compensação, não tendo necessária ou exclusivamente de fazer-se apelo apenas a juízos ou critérios de equidade*” e, “*quando seja possível manter o contrato, (...) deve dar-se preferência à modificação do contrato*”. in *Alguns aspectos... II, cit*, págs. 392 e 393.

¹⁸⁸ Seguimos aqui de perto a exposição em LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos... II, cit*, pág. 361.

¹⁸⁹ PEDRO MELO, *O Direito..., cit*, pág. 529 e LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos... II, cit*, pág. 361.

¹⁹⁰ Cfr. os números 5 e 6 do artigo 282º do CCP.

¹⁹¹ LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos... II, cit*, pág. 363.

devam ser sujeitas. No que toca às manifestações deste poder de conformação em sede de CEOP, conclui-se que o *jus variandi*, apesar de ter como seus principais corolários os trabalhos a mais e os trabalhos a menos, pode configurar-se noutras dimensões que não as típicas, ainda que de uma forma menos perceptível do que naquelas. Grande parte desta “falta de nitidez” que aqui referimos é, em nossa opinião, fruto de uma fraca redação legislativa, entre outros exemplos que fomos apontando ao longo do estudo. Para além da deficiente redação de alguns artigos, o CCP enferma também de algumas incongruências que, na nossa opinião, deitam por terra a sua original intenção legislativa (pense-se no caso da dependência do regime dos trabalhos de suprimento de erros e omissões relativamente ao regime dos trabalhos a mais, quando a inovação em relação ao anterior RJEOP deveria ser a autonomia das figuras; pense-se na diferenciação de regimes existente relativamente ao suprimento de erros e omissões, consoante se esteja em fase de formação ou de execução do CEOP; pense-se no direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, que mediante um artigo caduca e num outro artigo já produz efeitos desde a verificação do facto gerador da modificação da prestação contratual). Infelizmente, esta fraca qualidade legislativa com que aqui nos deparamos não é exclusiva do CCP; vem-se generalizando no nosso ordenamento jurídico nos últimos anos. Continuando esta tendência, casos como o das várias dimensões que pode configurar o poder de modificação unilateral poderão não se aferir tão facilmente se não forem explicitamente previstos, o que na prática poderá ter repercussões prejudiciais, principalmente para o cocontratante.

Bibliografia

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Apontamento sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*, Revista de Contratos Públicos, n.º 2

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 66, Dezembro de 2007

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra Ed., Coimbra, 2010

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011

AYALA, BERNARDO DINIZ DE, *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo com regime de Project Finance*, Revista de Contratos Públicos, n.º 2

CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, 10ª Edição, Coimbra, 1980

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990

GOMES, CARLA AMADO, *A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos*, Estudos de Contratação Pública - I, org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, 2008

GONÇALVES, PEDRO, *Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 73

LOPES, LICÍNIO, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos*, Estudos de Contratação Pública – II, org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, 2010

MARTINS, ANA GOUVEIA, *A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*, Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra Ed., Coimbra, 2010

MARTINS, LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos*, Estudos de Contratação Pública – III, org. Pedro Costa Gonçalves, Coimbra Editora, 2010

MELO, PEDRO, *O Direito das Obras Públicas*, Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. VI, coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, 2012

OTERO, PAULO, *Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1996

PUJOL, JOSÉ, *Novos erros e omissões do regime de erros e omissões do Código dos Contratos Públicos*, Revista de Contratos Públicos, n.º 5, CEDIPRE, 2012

SILVA, JORGE ANDRADE DA, “*Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado*”, Almedina, 4ª Edição, 2013

SILVA, JORGE ANDRADE DA, *Dicionário dos Contratos Públicos*, Almedina, 2010

TORGAL, LINO, *A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – breve nota sobre algumas das principais novidades*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 64, Julho / Agosto 2007